

VIII ZR 56/60

kundet am 14. Juni 1961
 heil, Justizassistent
 ls Urkundsbeamter der
 Geschäftsstelle

2216 083

I m N a m e n d e s s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma R [REDACTED]-S [REDACTED]- und S [REDACTED]-Gesellschaft,
Inhaber Hanns B [REDACTED], in B [REDACTED], R [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die A [REDACTED] B [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter
Haftung, vertreten durch ihre Geschäftsführer Theodor
E [REDACTED] und Karl P [REDACTED], in A [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Juni 1961 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm sowie der Bundesrichter
Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Koblenz vom 29. Januar 1960 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der
Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Lieferungsvertrages über 50 000 Tonnen Bimskies auf Grund von Vereinbarungen, welche die Beklagte am 19. Dezember 1951 mit der Firma Adolf W. & Co. getroffen hat. Nach diesen Vereinbarungen sollte die Firma W. & Co. der Beklagten im Jahre 1952 50 000 to gebrochenen Bimskies erster Qualität zum Preise von 5,- DM je Tonne frei Andernach zur Verfügung stellen. Ebenfalls am 19. Dezember 1951 erhielt die Firma W. & Co. von der Beklagten ein Darlehen von 3000 DM. Am 23. April 1952 vereinbarte die Firma W. & Co. mit der Klägerin, daß sie den Bimsversand der Firma W. & Co. vom 2. Mai 1952 bis 31. Dezember 1952 übernehme und in die mit der Beklagten und anderen Firmen abgeschlossenen Verträge eintrete.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe sich am 29. April 1952 mit diesem Abkommen einverstanden erklärt. Daraufhin habe sie sich der Beklagten gegenüber verpflichtet, den von der Firma W. & Co. gegebenen Wechsel in Höhe von 3000 DM, dem das von der Beklagten erhaltene Darlehen zugrunde lag, am 14. Juni 1952 abzudecken. Die Beklagte habe jedoch ihre Verpflichtung zur laufenden Abnahme von Bimskies nicht erfüllt. Deshalb habe sie, die Klägerin, mit Schreiben vom 13. Juni 1952 es abgelehnt, den Wechsel einzulösen, und in diesem Schreiben darauf hingewiesen, daß ihre Schadensersatzansprüche für die Zeit vom 3. Mai bis 14. Juni 1952 der Höhe nach die Wechselsumme überstiegen. Im August 1952 habe dann die Beklagte in Abrede gestellt, zu weiteren Abnahmen verpflichtet zu sein. Insgesamt habe sie im Jahre 1952 nur 1508 to Bimskies abgenommen.

- 3 -

Die Klägerin hat zunächst einen Teilbetrag von 6100 DM nebst 10 % Zinsen seit dem 17. November 1952 eingeklagt.

Das Landgericht hat diesen Klageanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die Berufung und die Revision der Beklagten blieben ohne Erfolg. Auf das Revisionsurteil vom 2. April 1957 - VIII ZR 58/56 - wird verwiesen.

Die Klägerin hat sodann in dem Verfahren vor dem Landgericht ihre Klageforderung auf den Betrag von 50 916,60 DM nebst Zinsen erweitert. Die Beklagte hat gegenüber dem weiteren Anspruch die Einrede der Verjährung erhoben. Darauf hat die Klägerin vorläufig nur beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 6000 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Das Landgericht hat die weitergehende Klage durch Versäumnisurteil abgewiesen. Dagegen hat die Klägerin Einspruch erhoben. Das Landgericht hat nunmehr die Beklagte unter teilweiser Aufhebung des Versäumnisurteils verurteilt, an die Klägerin 6100 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 1. Januar 1953 zu zahlen, den höheren Zinsanspruch der Klägerin abgewiesen und im übrigen das Versäumnisurteil aufrecht erhalten.

Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt.

Die Klägerin hat ihren Schadensersatzanspruch wegen Nichtabnahme von 48 492 to Bimskies auf 24 246 DM beschränkt und mit ihrer Berufung noch Zahlung von 18 146 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 4. September 1953 verlangt.

Außer der Verjährungseinrede hat die Beklagte im Bettragsverfahren ferner eingewendet, der Klägerin sei deshalb kein Schaden entstanden, weil sie die Lieferungsmög-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



lichkeiten ihres Betriebes trotz Nichtabnahme der an die Beklagte zu liefernden Mengen Bimskies voll ausgenutzt habe, jedenfalls habe es aber die Klägerin mindestens unterlassen, vorhandene Absatzmöglichkeiten auszunutzen und dadurch den Schaden zu beseitigen oder zu mindern, mindestens seien auf ihren Gewinnentgang 3000 DM anzurechnen, weil sie den Wechsel nicht eingelöst habe.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Diese erstrebt mit der Revision insoweit die Abweisung der Klage, während die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Beklagte hat in erster Reihe eingewandt, der Klägerin sei deshalb kein Schaden entstanden, weil sie die Liefermöglichkeit ihres Betriebes im Jahre 1952 voll ausgeschöpft habe. Die Frage, inwieweit der Klägerin infolge der Nichterfüllung des Vertrages durch die Beklagte ein Schaden entstanden ist, gehört ihrem Wesen nach in das Betragsverfahren und ist daher in diesem zu prüfen.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der von der Klägerin benutzte (von ihr von der Firma W. & Co. gemietete) Brecher eine Kapazität (Leistungsmöglichkeit) von rund 3500 to pro Woche und somit bei 40 Arbeitswochen im Jahr eine Verarbeitungsmöglichkeit von rund 140 000 to gebrochenen Bimskies besessen habe. Dies sei, so führt das Berufungsgericht aus, unter den Parteien zunächst unstrittig gewesen und von dem früheren Prokuristen der Klägerin, dem Zeugen K., bei seiner Vernehmung am 5. Juni 1959 auch bestätigt worden. Es folgt dem daraufhin eingeholten

Sachverständigengutachten des Treuhänders und Steuerberaters Dr. K. [REDACTED] vom 19. November 1959, wonach die Klägerin in der hier in Frage stehenden Zeit vom 1. Mai bis 31. Dezember 1952 nur 45 850 to an gebrochenem Bims Kies umgesetzt hat, und kommt auf Grund dieser Feststellungen zu dem Ergebnis, daß die Liefermöglichkeit der Klägerin im Jahre 1952 bei weitem nicht ausgeschöpft worden sei und daß sie die durch die Beklagte nicht abgenommene Menge von 48 492 to Bims ohne weiteres hätte liefern können. Die Klägerin sei daher berechtigt, insoweit Schadensersatz wegen Nichterfüllung von der Beklagten zu verlangen.

Die Beklagte hatte indes mit Schriftsatz vom 30. Dezember 1959 ihr früheres Vorbringen, der von der Klägerin eingesetzte Brecher habe nur 3500 to Bims pro Woche "knacken" können, das in ihrer Berufungsbegründung enthalten ist, widerrufen und dazu ausgeführt, dieses Vorbringen beruhe auf der Information des ehemaligen Prokuristen und Betriebsleiters der Klägerin, des Zeugen K. [REDACTED], und zwar auf dessen schriftlicher Erklärung vom 10. Juli 1957. Sie habe bei der Verwertung dieser Information entscheidenden Wert auf die Erklärung K. [REDACTED] gelegt, daß die Liefermöglichkeiten der Klägerin mit der Leistungsfähigkeit der Brecheranlage der Firma W. [REDACTED] & Co. erschöpft gewesen seien und daß die Klägerin für den Fall des Abrufs der von der Beklagten erwarteten Aufträge entweder diese nicht hätte beliefern können oder von anderen Lieferungen hätte absehen müssen. Daraus habe sie, die Beklagte, folgern dürfen, daß die Klägerin im Jahre 1952 unter größtmöglicher Ausnutzung des Brechers produziert und allen gebrochenen Bims abgesetzt habe, so daß die Klägerin durch das Unterbleiben von Lieferungen an die Beklagte keinen Schaden erlitten haben könne. Erst nachdem der Zeuge K. [REDACTED] in

seiner Aussage vom 5. Juni 1959 zwar die Produktionsmöglichkeit von 3500 to pro Woche mit dem eingesetzten Brecher bestätigt, jedoch die daraus gezogenen Folgerungen nicht aufrecht erhalten habe, habe sie von dem früheren Inhaber und Geschäftsführer der Firma W. [REDACTED] & Co. Sch. [REDACTED] erfahren, daß der Brecher nicht mehr als 4000 to pro Monat hätte brechen können. Zum Beweise dieses neuen Vorbringens hat sich die Beklagte auf die Zeugen Eheleute Sch. [REDACTED] und G. [REDACTED] berufen.

Das Berufungsgericht hat in der letzten mündlichen Verhandlung vom 8. Januar 1960 den Sachverständigen Dr. K. [REDACTED] zur Erläuterung seines Gutachtens vernommen und hat dann bei seiner Entscheidung über die Berufung der Beklagten ihr neues Vorbringen über die beschränkten Liefermöglichkeiten der Klägerin im Jahre 1952 deshalb für unbeachtlich gehalten, weil es verspätet, aber auch unzutreffend sei. Das Berufungsgericht führt dazu aus, die Beklagte habe selbst die Behauptung, die Leistungsfähigkeit des Brechers habe bei etwa 3500 to pro Woche gelegen, mit ihrer Berufungsbegründung vom 11. November 1958 in den Prozeß eingeführt. Wenn sie eine solche Behauptung aufstellte, dann hätte sie sich vorher genau vergewissern müssen, ob sie zutreffe, und könne sie nicht nach durchgeführter zu ihren Ungunsten ausgefallener Beweisaufnahme wieder ändern. Die vom Sachverständigen ermittelten monatlichen Umsatzzahlen bewiesen aber auch, daß der Brecher nicht nur eine Kapazität von 4000 to monatlich besessen habe. Bei dieser Sachlage erübrige sich die Vernehmung des von der Klägerin benannten Zeugen Sch. [REDACTED]. Auch die Vernehmung des Zeugen G. [REDACTED] sei nicht erforderlich, der zudem nicht über eigene Wahrnehmungen, sondern nur über angebliche Äußerungen des Zeugen K. [REDACTED] berichten solle.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Vorschriften der §§ 272 b und 529 Abs. 2 und 3 ZPO verletzt. Diese Rügen sind unbegründet.

Nach § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO kann der Vorsitzende (oder ein von ihm zu bestimmendes Mitglied des Prozeßgerichts) Zeugen, auf die eine Partei sich bezogen hat, zur mündlichen Verhandlung laden. Diese Möglichkeit ist bei der Frage, ob die Berücksichtigung neuen Vorbringens, das der Berufungskläger entgegen der Vorschrift des § 519 ZPO nicht in der Berufungsbegründung mitgeteilt hat, die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und daher im Falle grober Nachlässigkeit des Berufungsklägers hinsichtlich des nachträglichen Vorbringens gemäß § 529 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 ZPO nicht zuzulassen ist, zu berücksichtigen. Die Verzögerung im Sinne dieser Vorschrift kann also im Hinblick auf die Möglichkeit einer Maßnahme aus § 272 b ZPO entfallen (vgl. BGH Urteil vom 11. November 1954 - III ZR 100/53 - LM ZPO § 272 b Nr. 2 = JR 1955, 303 und Urteil vom 15. Dezember 1956 - IV ZR 160/56 - LM ZPO § 272 b Nr. 3; Urteile des erkennenden Senats vom 26. November 1957 - VIII ZR 314/56 - S. 11, vom 17. Dezember 1957 - VIII ZR 315/56 - und vom 25. November 1958 - VIII ZR 159/57 - S. 13). Nach dieser Rechtsprechung darf die in der mündlichen Verhandlung sich durch die Beweiserhebung ergebende geringfügige zeitliche Inanspruchnahme des Gerichts nicht als eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits angesehen werden. Voraussetzung für diese Betrachtungsweise ist aber, daß auch tatsächlich eine praktische Möglichkeit für eine Maßnahme nach § 272 b ZPO bestanden hat und daß diese Maßnahme daher erwartet werden konnte. Dazu muß das Beweisangebot so rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung vorliegen, daß der Vorsitzende und gegebenenfalls auch der Berichterstatter Zeit und Gelegen-

heit haben, das Vorbringen des Berufungsklägers auf seine Erheblichkeit zu prüfen.

Im Hinblick darauf, daß die Beweisangebote der Beklagten in dem Schriftsatz vom 30. Dezember 1959 dem Gericht zu einem Zeitpunkt mitgeteilt worden sind, als die Besetzung des Termins für die Verhandlung vom 8. Januar 1960 mit anderen Sachen längst feststand, daß sie sich zudem auf auswärtige Zeugen bezogen, für die kein Auslagenvorschuß bezahlt war und noch dazu zwei Feiertage (Freitag, der 1. Januar und Sonntag, der 3. Januar 1960) zwischen dem Eingang des Schriftsatzes und dem Termin vom 8. Januar 1960 lagen, konnte nicht erwartet werden, daß der Vorsitzende von der Befugnis des § 272 b ZPO Gebrauch machen würde. Nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge konnte die Beklagte mit einer solchen Maßnahme allenfalls nur dann rechnen, wenn ihr Prozeßbevollmächtigter außerhalb der schriftsätzlichen Bearbeitung geeignete Schritte unternommen hätte, um den Vorsitzenden zu der von ihm gewünschten Maßnahme zu veranlassen. Deshalb ist § 272 b ZPO nicht dadurch verletzt, daß der Vorsitzende es unterlassen hat, die Ladung der beiden Zeugen Sch[REDACTED] und G[REDACTED], deren Nichtvernehmung die Revision rügt, zu dem Termin am 8. Januar 1960 anzuordnen und dadurch ihre Vernehmung zu ermöglichen.

Es kommt daher darauf an, ob die weitere Voraussetzung für die Zulassung nachträglichen Vorbringens vorliegt, nämlich daß es weder in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, noch aus grober Nachlässigkeit nicht mindestens schon in der Berufungsbegründung mitgeteilt worden ist (§ 529 Abs. 3 ZPO).

Dem Berufungsgericht ist zunächst darin zuzustimmen, daß die Beklagte schon für die Berufungsbegründung damit rechnen mußte, es könnte darauf ankommen, welche Leistungsfähigkeit der von der Klägerin im Jahre 1952 eingesetzte Brecher besessen hat. Wenn sie sich insoweit auf eine schriftliche Erklärung des Zeugen K. verlassen hat und diese sich zu eigen machte, so hat sie damit noch nicht ausreichend dargelegt, daß sie wirklich das Erforderliche getan habe, um sicherzustellen, daß auch in diesem Punkt ihr Prozeßvorbringen erschöpfend vorbereitet gewesen sei. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte hätte bei sachgemäßer Aufklärung des Prozeßstoffes die angebliche Differenz in der Leistungsfähigkeit des Brechers schon früher feststellen können. Die Revision hat gegen diese Annahme keine begründete Rüge erhoben. Es ist aber aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, die Beklagte hätte sich genau vergewissern müssen, ob ihre Angabe in der Berufungsbegründung zutrifft. Es hat zwar in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich gesagt, daß die Beklagte eine grobe Nachlässigkeit im Sinne des § 529 Abs. 3 ZPO insoweit treffe, Es hat dies aber ersichtlich gemeint, da nicht angenommen werden kann, daß dem Berufungsgericht die Vorschrift des § 529 ZPO unbekannt gewesen ist. Das Berufungsurteil ist deshalb dahin zu verstehen, daß nach der Überzeugung des Berufungsgerichts eine grobe Nachlässigkeit der Beklagten darin zu sehen ist, daß sie es unterlassen hat, das spätere Vorbringen nicht schon in der Berufungsbegründung mitzuteilen. Dabei ist zu beachten, daß nicht der Beklagten grobe Nachlässigkeit im Sinne dieser Vorschrift nachgewiesen werden muß, sondern daß deren Fehlen feststehen muß, damit das spätere Vorbringen noch zugelassen werden kann. Die Beklagte hatte mit ihrem Vorbringen in dem Schriftsatz vom 30. Dezember 1959, ihr ursprüngliches Vorbringen über die Leistungsfähigkeit des Brechers beruhe auf der Information

des Zeugen K[REDACTED], sie habe aber "jetzt" von dem Zeugen Sch[REDACTED] erfahren, daß nach dessen Sachkenntnis der Brecher nicht mehr als 4000 to Bimskies pro Monat habe brechen können, noch nicht hinreichend dargetan, sie habe das ihr Zumutbare getan, um sicherzustellen, daß ihr Ausgangspunkt über die von dem Zeugen K[REDACTED] angegebene viel höhere Leistungsfähigkeit des Brechers auch den Tatsachen entspricht. Wenn sie ohne eine solche Nachprüfung sich diese Information zu eigen gemacht hat, so hat sie es zu vertreten, wenn sie eine ihr mögliche Überprüfung der Information unterlassen hat. Selbst wenn aber der Revision noch einzuräumen wäre, daß die Beklagte die Information aus dem an sie gerichteten Schreiben des Zeugen K[REDACTED] vom 10. Juli 1957 mit der dort enthaltenen Angabe, die Kapazität des Brechers habe bei 3500 to pro Woche gelegen, ohne weitere Überprüfung habe übernehmen und sich in der Berufungsbegründung vom 11. November 1958 habe zu eigen machen dürfen, ohne daß ihr insoweit eine grobe Nachlässigkeit vorzuwerfen sei, so hätte doch die Beklagte jedenfalls nach der Aussage des Zeugen K[REDACTED] vom 5. Juni 1959 eine sorgfältige Überprüfung ihres Vorbringens anstellen müssen; eine solche Überprüfung wäre ihr durch Rückfrage bei dem Zeugen Sch[REDACTED] möglich gewesen, wie sich daraus ergibt, daß sie sich in dem Schriftsatz vom 10. August 1959 Seite 4 auf diesen Zeugen mit der Behauptung berufen hat, er habe ihr inzwischen die Richtigkeit ihres Vorbringens bestätigt, über das der Zeuge K[REDACTED] vernommen worden war. Die Beklagte hat jedenfalls insoweit nicht dargetan, daß sie damals noch ohne grobe Nachlässigkeit an der Behauptung festgehalten hat, die Leistungsfähigkeit des Brechers habe bei 3500 to Bimskies pro Woche gelegen. Die Zurückweisung des neuen Vorbringens der Beklagten ist daher mindestens aus diesem Grunde gerechtfertigt. Somit ist jedenfalls im Ergebnis rechtlich

nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht angenommen hat, es fehle an den gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung des neuen Vorbringens der Beklagten über die angeblich niedrigere Leistungsfähigkeit des Brechers.

Es kommt daher nicht darauf an, ob das Berufungsgericht von der Vernehmung der Zeugen Sch[REDACTED] und G[REDACTED] auch mit der Begründung absehen durfte, das neue Vorbringen in dem Schriftsatz vom 30. Dezember 1959 sei gegenüber den Bekundungen des Zeugen K[REDACTED] und den von dem Sachverständigen getroffenen Feststellungen über die von der Klägerin getätigten Umsätze bedeutungslos.

Auch kann dahingestellt bleiben, ob es für die Entscheidung des Rechtsstreits überhaupt darauf ankommen kann, wie hoch die Leistungsfähigkeit des von der Klägerin damals eingesetzten Brechers bei normaler Beanspruchung (in einer Schicht) gewesen ist.

II. In zweiter Reihe hat die Beklagte eingewendet, der Klägerin stehe jedenfalls deshalb kein Schadensersatzanspruch zu, weil sie dann, wenn ihre Lieferfähigkeit bestanden haben sollte, verpflichtet gewesen wäre, den von der Beklagten nicht abgenommenen Kies anderweit abzusetzen.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß dieser Einwand in das Verfahren über den Grund des Anspruchs gehöre und im Betragsverfahren nur geltend gemacht werden könne, wenn es diesem Verfahren ausdrücklich vorbehalten worden ist. Da im vorliegenden Falle in dem rechtskräftigen Urteil über den Grund des Teilanspruchs der Klägerin auf Zahlung von 6100 DM kein derartiger Vorbehalt gemacht worden sei, könne die Beklagte sich nicht mehr darauf berufen, daß die Klägerin ihrer Schadensminderungspflicht nicht genügt habe.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe mit dieser Behandlung des Einwandes den § 304 ZPO verletzt. Diese Rüge ist nicht begründet.

Eine Verletzung der genannten Vorschrift kann zwar auch darin bestehen, daß das Gericht in dem Verfahren über den Betrag des Anspruchs Einwendungen nicht prüft, die dem Betragsverfahren vorbehalten worden sind oder die nur zu dem Betragsverfahren gehören und deshalb oder aus sonstigen Gründen in diesem noch geltend gemacht werden können. Die Ansicht der Revision, die Einwendung der Beklagten, die Klägerin habe es unterlassen, den seitens der Beklagten nicht abgenommenen Bimskies anderweit abzusetzen, betrifft indes nicht nur die Höhe des Schadens, sondern auch den Grund des Anspruchs. Denn dieser Einwand könnte möglicherweise dazu führen, den Schadensersatzanspruch der Klägerin seinem ganzen Umfange nach als unbegründet erscheinen zu lassen.

Deshalb gehörte dieser Einwand schon zum Verfahren über den Grund des Anspruchs. Das Landgericht hat in dem Grundurteil vom 16. September 1954 den Einwand der Beklagten erörtert, die Klägerin habe gar keinen wirtschaftlichen Verlust erlitten, da sie noch im Besitz des nicht abgenommenen Bimskieses sei oder ihn nach dem Jahre 1952 durch das Ansteigen der Bimspreise (seit dem Frühjahr 1952) habe günstiger verkaufen können. Es hat diesen Einwand deshalb für unerheblich erachtet, weil davon auszugehen sei, daß die Klägerin im Jahre 1952 die von der Beklagten nicht abgenommenen Bimsmengen mehr verkauft hätte. Dieser Ausfall sei ihr Schaden. Der Sachverhalt biete, so heißt es weiter in dem Grundurteil, keine Anhaltspunkte für die Annahme, daß die Klägerin ihre Leistungsfähigkeit nach dem Annahmeverzug der Beklagten durch Hereinnahme

anderweitiger Aufträge hätte ausschöpfen können. Die Beklagte hat dieses Urteil zwar mit der Berufung angegriffen, jedoch nicht verlangt, daß ihr der Einwand, die Klägerin habe versäumt, den geltend gemachten Schaden nachträglich zu mindern, für das Betragsverfahren vorbehalten werde. In dem Urteil des Berufungsgerichts vom 30. September 1959 und in dem dieses Urteil bestätigenden Revisionsurteil vom 2. April 1957 ist der im Urteil des Landgerichts behandelte Einwand der Beklagten deshalb nicht beschieden worden, weil er in den Rechtsmittelinstanzen keinen Streitpunkt mehr gebildet hat. Durch die Entscheidungen der Rechtsmittelgerichte ist daher die Entscheidung des Landgerichts auch hinsichtlich des von ihm behandelten Einwandes stillschweigend bestätigt worden. Jedenfalls ist aber der später näher substantiierte Einwand der Beklagten, die Klägerin treffe hinsichtlich des geltendgemachten Schadens eigenes Verschulden, dem Betragsverfahren nicht vorbehalten worden. Das wäre aber erforderlich gewesen. Denn im Nachverfahren kann nicht auf Streitpunkte eingegangen werden, die auch in das Verfahren über den Grund des Anspruchs gehören. Anders wäre die Sachlage nur dann, wenn in dem Grundverfahren angenommen worden wäre, daß der eingeklagte Anspruch mindestens zu einem Teilbetrag bestehe und der Einwand des mitwirkenden Verschuldens daher nur einen Faktor der Berechnung der Höhe des zu leistenden Schadensersatzes bilde. In diesem Falle hätte die Möglichkeit bestanden, den Einwand des mitwirkenden Verschuldens dem Betragsverfahren zu überlassen. So ist aber das von den Rechtsmittelinstanzen bestätigte Grundurteil nicht zu verstehen.

Die Ansicht der Revision, die Frage des mitwirkenden Verschuldens könne ohne einen entsprechenden Vorbehalt im Nachverfahren dann erörtert werden, wenn sie nur für die

Höhe des Schadens von Einfluß sei, vermag eine andere Beurteilung der vorliegenden Sachlage nicht zu rechtfertigen. Die Revision stützt sich für ihre Ansicht auf Wieczorek, ZPO § 304 Anm. D III b 1, wo es heißt, der Einwand der unterlassenen Schadensminderung nach § 254 BGB gehöre von selbst in das Betragsverfahren und dürfe deshalb dort auch ohne Vorbehalt gemacht werden. Wieczorek bezieht sich für diese Ansicht auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 9. Mai 1925 - IV 607/24 -, die einen andersartigen Fall betrifft, wie dem Leitsatz dieser Entscheidung in dem Nachschlagewerk des Reichsgerichts zu ZPO § 304 Nr. 233 zu entnehmen ist. Nach dem dort niedergelegten Leitsatz hat das Reichsgericht nur ausgesprochen, daß die Festsetzung der zeitlichen Grenze einer aus § 844 Abs. 2 und § 845 BGB geforderten Rente bei Teilung des Prozeßverfahrens nach Grund und Betrag des Anspruchs dem Betragsverfahren ü b e r l a s s e n werden kann, wenn die für die Festsetzung der Höhe der Rente maßgebenden Umstände auch für die Bemessung ihrer Dauer von Bedeutung sind. Es handelte sich also um einen Fall, bei dem in dem „Grundurteil zum Ausdruck gebracht wurde, daß die Dauer der Rente erst im Betragsverfahren bestimmt werden solle. Ein solches Verfahren kann nach Sachlage zulässig sein (vgl. RGZ 98, 222). Daraus ist aber noch nicht zu entnehmen, daß der Einwand der unterlassenen Schadensminderung "von selbst" (also schlechthin) in das Betragsverfahren gehöre und dort auch ohne Vorbehalt in dem Grundurteil stets gebracht werden dürfe. Wie schon oben ausgeführt worden ist, muß der Tatrichter jedenfalls dann, wenn die Möglichkeit besteht, daß die Berücksichtigung des mitwirkenden Verschuldens zum völligen Ausschluß des geltend gemachten Anspruchs führen kann, den Einwand im Verfahren über den Grund des Anspruchs bescheiden und sich darüber schlüssig machen, ob er die Prüfung dem Betragsverfahren vorbehalten will. Hat er von

einem solchen Vorbehalt abgesehen, so kann dieser Einwand nicht mehr in dem Betragsverfahren erneuert werden. Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die Erwägung, daß über den Grund des Anspruchs schon dann ein Grundurteil erlassen werden darf, wenn anzunehmen ist, daß bei regelmäßigem Laufe der Dinge ein schädlicher Erfolg eingetreten sei (RG WarnRspr 1932 Nr. 197). Dieser Gesichtspunkt kann im Einzelfall dem Richter Anlaß geben, die für die Feststellung der Schadenshöhe und des mitwirkenden Verschuldens notwendigen Ermittlungen wegen ihres Zusammenhangs zweckmäßigerweise dem Betragsverfahren vorzubehalten. Wenn das aber geschehen soll, so bedarf es hierfür eines entsprechenden Vorbehalts, der in den Entscheidungsgründen des Grundurteils zum Ausdruck zu bringen ist. Zu ersetzen ist nämlich der zur Zeit der Fällung des Urteils unter Berücksichtigung des Mitverschuldens noch vorhandene Schaden. Das Gericht muß daher bei Schadensersatzansprüchen vor Erlass eines Grundurteils auch prüfen, ob nach der gegenwärtigen Sachlage anzunehmen ist, daß ein Schaden entstanden ist. Dabei kann die Feststellung genügen, daß nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge ein schädlicher Erfolg eingetreten ist. Hierfür ist aber im allgemeinen nicht schon die Annahme ausreichend, daß dem Verkäufer bei Nichterfüllung von Lieferungsverträgen durch Nichtabnahme bestellter Ware ein Schaden zu entstehen pflegt, sondern es kommt auch darauf an, ob nach der Sachlage des Einzelfalles ein solcher Schaden im Zeitpunkt der Entscheidung über den Anspruch noch besteht. Das Gericht muß also auch in dem Verfahren über den Grund des Anspruchs den Einwand berücksichtigen, dem Verkäufer sei die anderweite Verwertung der nicht abgenommenen Waren später möglich gewesen und ihm stehe daher kein Anspruch auf Ersatz erlittenen Schadens zu. Es ist daher nicht richtig, wenn die Revision etwa meint, daß hier in dem Verfahren den Grund des Anspruchs betreffend über

einen Einwand entschieden worden sei, der nicht zum Grund des Anspruchs gehöre, sondern nur die Höhe des Anspruchs betreffe.

Das Berufungsgericht hat sonach weder § 304 ZPO noch § 254 BGB dadurch verletzt, daß es den Einwand der unterlassenen Schadensminderung nicht weiter geprüft hat.

Selbst wenn aber der Revision darin zuzustimmen wäre, daß die Beklagte noch im Nachverfahren vorbringen durfte, die Klägerin habe es schuldhaft versäumt, bestehende Liefermöglichkeiten auszunutzen und dadurch den geltend gemachten Schaden auszugleichen oder zu mindern, so wäre die Entscheidung des Berufungsgerichts doch im Ergebnis richtig, weil die Beklagte insoweit keine genügenden Tatsachen behauptet und unter Beweis gestellt hat, aus denen sich eine Verletzung des § 254 BGB ergeben könnte. Die Beklagte hat nämlich zwar im Betragsverfahren vor dem Landgericht mit Schriftsatz vom 18. November 1957 vorgetragen, nach ihrer Auffassung sei die Klägerin schon von dem Annahmeverzug der Beklagten an verpflichtet gewesen, ihren Schaden zu mindern, im Jahre 1952 habe sie ihre gesamte Leistungsfähigkeit ausgenutzt oder jedenfalls zu denselben Preisen ausnutzen können. Hierfür hatte die Beklagte Beweis durch Benennung der Zeugen K. [REDACTED] und Sch. [REDACTED] angeboten. Diese Frage ist dann auch in dem von dem Landgericht auf Grund des Beweisbeschlusses vom 25. Oktober 1957 eingeholten Sachverständigengutachten des Verbandes R. [REDACTED] B. [REDACTED] e.V. in N. [REDACTED] vom 22. Januar 1958 angeschnitten worden, in welchem unter Hinweis auf eine dem Gutachten beigelegte Stellungnahme der Firma Karl T. [REDACTED] in E. [REDACTED] vom 15. Januar 1958 bemerkt wird, die Nachfrage nach Rohbims habe seit 1950 beständig zugenommen, so daß sich die Frage stelle, ob die Klägerin trotz

Abnahmeverweigerung der Beklagten durch anderweitige Dispositionen ihre Kapazität hätte voll ausnützen und dadurch ihren Schaden vermeiden können. In der Stellungnahme der Firma T [REDACTED] ist die Auffassung vertreten, der Bims Kiesbedarf sei so groß gewesen, daß ein Bimsversender ohne weiteres die Möglichkeit gehabt habe, sich andere Abnehmer als Ersatz zu suchen, wenn ein einzelner Abschluß aus irgendwelchen Gründen nicht zur Belieferung gekommen sei. Das Landgericht hat daraufhin angenommen, der Einwand der Schadensminderung aus § 254 BGB gehöre in das Grundverfahren, sei im übrigen aber so allgemein gehalten, daß die Kammer ihm nicht näher nachzugehen brauche. Die Beklagte ist in der Berufungs begründung auf diesen Einwand nicht zurückgekommen, sondern hat das Urteil des Landgerichts nur mit der Behauptung angegriffen, daß die Liefermöglichkeiten im Betriebe der Klägerin voll ausgenutzt worden seien. Sie hat dazu bemerkt, es komme nicht darauf an, wie damals die Absatzmöglichkeiten im allgemeinen gewesen seien. Das Berufungsgericht hatte daher zunächst auch aus diesem Grunde keine Veranlassung, der Frage der Schadensminderung unter den im ersten Rechtszuge im Betragsverfahren aufgeworfenen Gesichtspunkten nachzugehen. Die Beklagte ist dann allerdings in dem ihr vorbehaltenen Schriftsatz vom 16. Januar 1960 auf die Behauptung zurückgekommen, es wäre der Klägerin möglich gewesen, entsprechende Ware anderweit abzusetzen. Hierfür hat sich die Beklagte jedoch nur auf die Auskunft des Verbandes vom 22. Januar 1958 bezogen. Diese Darlegungen sind aber zu allgemein gehalten und können nicht die Annahme begründen, daß die Klägerin es schuldhaft unterlassen habe, den Schaden zu vermeiden oder zu mindern. Dabei ist nämlich auch zu berücksichtigen, daß die Klägerin vorgetragen hatte, im Jahre 1952 wäre ihr ein anderweiter Verkauf von Bims wegen der rückläufigen Konjunktur nicht möglich gewesen, andererseits hätte sie anderweite Verkäufe auch noch

zusätzlich ausführen können. Es fehlte daher bei dem Sachvortrag der Beklagten an genügend konkreten Tatsachen dafür, daß die Klägerin es schuldhaft versäumt habe, den Schaden durch einen ihr möglichen Verkauf des nicht abgenommenen Bimskieses zu beseitigen oder zu mindern.

III. Schließlich macht die Revision geltend, die Klägerin müsse sich bei der Bemessung des Schadens den Betrag von 3000 DM anrechnen lassen, den sie zur Einlösung des an sich von der Firma W. & Co. einzulösenden Prolongationswechsels auf Grund der besonderen Vereinbarung mit der Beklagten am 14. Juni 1952 hätte aufwenden müssen.

Im Betragsverfahren hat die Beklagte erst in dem Schriftsatz vom 30. Dezember 1959 geltend gemacht, daß der Betrag von 3000 DM auf die Schadensersatzforderung der Klägerin anzurechnen wäre. Dieser Standpunkt ermangelt jedoch der ausreichenden Begründung.

Das Berufungsurteil stellt dazu fest, die Klägerin habe sich anlässlich der Zustimmung der Beklagten zur Übernahme des zwischen der Firma W. & Co. und der Beklagten am 19. Dezember 1951 geschlossenen Vertrages über Bimslieferungen an die Beklagte verpflichtet, den von der Firma W. & Co. gegebenen Wechsel einzulösen, dem ein Darlehen der Beklagten an die Firma W. & Co. zugrundelag. Die Klägerin habe diese Verpflichtung übernommen, um mit der Beklagten ins Geschäft zu kommen. Diese Voraussetzung habe sich jedoch nicht erfüllt; denn die Beklagte sei ihrer Abnahmeverpflichtung nicht nachgekommen. Damit sei aber auch die Verpflichtung der Klägerin zur Einlösung des Wechsels entfallen und die Beklagte könne insoweit gegen die Klageforderung nicht aufrechnen.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Betrag von 3000 DM von der Klägerin ausgegeben werden mußte, gleichviel, ob der Vertrag über die Bimslieferungen erfüllt oder ob aus diesem Vertrag Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt wurde.

Der Revision ist jedoch nicht darin zu folgen, daß die Verpflichtung der Klägerin zur Einlösung des Wechsels durch die Vertragsverletzung der Beklagten hinsichtlich des Lieferungsvertrages nicht beeinflußt worden sei. Übernahm die Klägerin die Verpflichtung der Firma W. & Co. zur Einlösung des Wechsels deshalb, um mit der Beklagten ins Geschäft zu kommen, also in der Erwartung, daß diese von der Klägerin den Bims beziehen würde, den sie von der Firma W. & Co. hätte beziehen müssen, so war die Klägerin berechtigt, die Erfüllung der Verpflichtung zur Einlösung des Wechsels zu verweigern, nachdem die Beklagte ihre Vertragspflichten zum Abruf und zur Abnahme von Bimskies verletzt hatte. Die Beklagte konnte deshalb nicht mehr von der Klägerin verlangen, daß sie den Wechsel einlöste. Sie kann daher auch nicht dem Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Liefervertrages einen Anspruch auf Einlösung des Wechsels einrede-weise entgegenhalten. Dem Berufungsurteil ist deshalb darin zuzustimmen, daß die Beklagte auch keinen zur Aufrechnung geeigneten Ersatzanspruch gegen die Klägerin erlangt hat.

Es könnte nur noch in Betracht kommen, ob etwa im Rahmen der Ermittlung des der Klägerin

durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens ein Vorteil auszugleichen ist, den die Klägerin dadurch erlangt hat, daß sie einen Betrag von 3000 DM zur Einlösung des Wechsels nicht aufzuwenden brauchte. Das Berufungsgericht hat jedoch keinen rechtlichen Fehler begangen, wenn es die Einwendung der Beklagten nicht auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung behandelt. Denn das Vorbringen der Beklagten enthält keinen Sachverhalt, aus dem auf einen der Klägerin anrechenbaren Vorteil zu schließen ist. Die Beklagte hat nämlich im Verfahren über den Grund des Anspruchs vorgetragen, die Klägerin hätte nach erfolgter Einlösung des Wechsels sich an dem Wechselschuldner, der Firma W. & Co. oder deren Inhaber Sch., schadlos halten können (vgl. Schriftsätze vom 27. Oktober 1953 S.2, vom 22. Dezember 1953 S.3, vom 4. April 1955 S.11), es wäre für sie ein leichtes gewesen, den Wechsel zu Gunsten der Beklagten einzulösen, und sie habe diese Zusage nur gemacht, um mit der Beklagten ins Geschäft zu kommen. Dieses Vorbringen stand zwar in Verbindung mit dem Bestreiten der Beklagten, sich gegenüber der Klägerin verbindlich zu Abnahmen von Bimskies verpflichtet zu haben. Die Beklagte muß es aber trotzdem insoweit gegen sich gelten lassen, als sie behauptet hat, die Klägerin hätte die Möglichkeit gehabt, sich im Wege des Rückgriffs an der Firma W. & Co. schadlos zu halten.

Gibt somit das Vorbringen der Beklagten nichts dafür her, daß die Klägerin verpflichtet sein könnte, sich im Rahmen des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung die ersparte Aufwendung von 3000 DM als Vorteil anrechnen zu lassen, so erweist sich die Revision auch in diesem Punkte als unbegründet.

IV. Sind somit die Beanstandungen der Revision nicht geeignet, das Berufungsurteil zu erschüttern, so muß das Rechtsmittel der Beklagten als unbegründet zurückgewiesen werden. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr.Pagendarm Artl Dr.Spieler Dr.Dorschel Dr.Messner